

VU Research Portal

SDE met toekomst

Dieperink, M.A.M.

published in

Nederlands Tijdschrift voor Energierecht
2012

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Dieperink, M. A. M. (2012). SDE met toekomst. *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht*, 2012(5 (november)), 214-222.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

SDE met toekomst

mr. M.A.M. Dieperink*

In 2020 moet 14% van het bruto eindgebruik van energie afkomstig zijn van hernieuwbare energiebronnen.¹ Om deze doelstelling te halen, dienen vooral marktpartijen nieuwe productie-installaties voor hernieuwbare energie te realiseren.² Overheidsondersteuning is daarbij (nog) essentieel. De hernieuwbare-energieproductie wordt daarom gesubsidieerd op grond van de SDE+-regeling (hierna ook: SDE).^{3,4} In 2012 is daarvoor een budget ad EUR 1,7 miljard beschikbaar gesteld.⁵ In dit artikel staat die SDE centraal. Invalshoek daarbij is dat de SDE mogelijk ontoreikend is om de 14%-doelstelling te behalen, hetgeen in een aantal publicaties en recentelijk ook door de Rabobank is geconcludeerd.⁶ Om die reden wordt verkend hoe de SDE kan worden verbeterd. Daarnaast wordt onderbouwd welke voordelen de SDE heeft ten opzichte van een leveranciersverplichting, dat wil zeggen een verplichting dat van de aan eindafnemers geleverde energie, tenminste een bepaald aandeel (in %) duurzaam moet zijn geproduceerd.⁷

1. Inleiding en opbouw

De Nederlandse overheid stimuleert de productie van hernieuwbare energie door middel van SDE-subsidies, om zo de 14%-doelstelling voor hernieuwbare energie te realiseren. Of die doelstelling daadwerkelijk wordt gerealiseerd, kan de overheid evenwel slechts indirect beïnvloeden. De SDE ondersteunt namelijk 'slechts' marktinitiatieven. Zij regelt geen verplichting om de daarmee gesubsidieerde installaties daadwerkelijk te bouwen en exploiteren. Dat is inherent aan het subsidie-instrument. Niettemin wordt het investeringsklimaat voor productie-installaties in een belangrijke mate door de SDE-regeling bepaald. Duidelijkheid omtrent de (omvang en duur van) overheidsfinanciering van hernieuwbare energie-investeringen zal immers de investeringsbereidheid van marktpartijen in belangrijke mate bepalen.⁸ Zulke bereidheid is essentieel om de 14%-doelstelling daadwerkelijk te halen.

Om de 14%-doelstelling te halen, is het voorts van belang dat SDE-subsidies worden toegekend aan installaties die daadwerkelijk worden gebouwd. Weliswaar kan binnen het bestek van een subsidie-instrument geen verplichting tot realisatie van een installatie of productie met die installatie worden opgelegd, dat laat onverlet dat het realiteitsgehalte van een installatie zowel voorafgaand aan als na de subsidieverlening kan en zou moeten worden beoordeeld. Immers, subsidieverstrekking aan een onrealistisch project leidt direct tot subsidieweigering aan andere (wel-realistische) projecten. In dit opzicht kan de SDE-regeling worden verbeterd. In dit artikel wordt een aantal concrete voorstellen voor verbetering van de SDE uitgewerkt. Ten eerste komt aan de orde hoe met een andere beoordelingswijze van SDE-aanvragen strenger kan worden getoetst op het realiteitsgehalte van een project, alvorens subsidie wordt verstrekt. Ten tweede wordt ingegaan op de monitoring van een gesubsidieerd project in de bouwfase. Hiernaast wordt de SDE afgezet tegen de leveranciersverplichting. De leveranciersverplichting wordt namelijk, onder meer in het Energierapport 2011 en in

* Marjolein Dieperink is advocaat bij Houthoff Buruma te Amsterdam en als onderzoeker verbonden aan de afdeling staats- en bestuursrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam. Dit artikel is afgerond per 1 november 2012. Reacties zijn welkom via m.dieperink@houthoff.com.

1. De verplichting om in 2020 14% van het bruto eindverbruik van energie te betrekken uit hernieuwbare energiebronnen volgt uit art. 3, lid 1, jo. bijlage 1 van de Europese richtlijn ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen (2009/28/EG). Volledigheidshalve zij vermeld dat in het regeerakkoord 'Bruggen Slaan' d.d. 29 oktober 2012 wordt gesproken van een 16%-doelstelling. In dit artikel wordt uitgegaan van de richtlijnverplichting van 14%.
2. Onder (bronnen van) hernieuwbare energie wordt verstaan: wind, zonne-energie, aardwarmte, omgevingswarmte, osmose, golfenergie, getijdenenergie, waterkracht, biomassa, stortgas, rioolwaterzuiveringsgas en biogas; zie art. 1, lid 1, onder a, van het Besluit stimulering duurzame energieproductie (hierna: Besluit SDE).
3. Binnen het bestek van dit artikel wordt onder de SDE-regeling verstaan: het Besluit SDE, de Kaderwet EZ-subsidies (hierna: Kaderwet), de Regeling aanwijzing categorieën duurzame energieproductie 2012 (hierna: Aanwijzingsregeling), de Algemene uitvoeringsregeling stimulering duurzame energieproductie (hierna: Uitvoeringsregeling), de Regeling vaststelling correcties voorschotverlening duurzame energieproductie 2012 en de Regeling wind op zee 2009. Andere subsidieregelingen, zoals de Subsidieregeling energie en innovatie en de Regeling openstelling en subsidieplafonds (met betrekking tot wind op zee projecten), blijven buiten beschouwing.
4. Sinds 2011 wordt de SDE-regeling aangeduid als SDE+. In dit artikel wordt korthedshalve gesproken over de SDE, onder meer omdat het gaat om verbeteringen die zouden kunnen worden doorgevoerd in het Besluit SDE. Het Besluit SDE vormt vanaf 2008 de grondslag voor SDE-subsidiëring.
5. In het regeerakkoord 'Bruggen Slaan' d.d. 29 oktober 2012 is aangekondigd dat het budget wordt verhoogd.
6. Rabobank Industry Note # 320 (June 2012), *An Outlook for Renewable Energy in The Netherlands; The Next Investment Wave*. Zie in dit verband ook het ING-rapport (d.d. 14 september 2011), *hernieuwbare energie in Nederland tot 2020; investeringskansen voor de energietransitie naar een koolstofarme economie*.
7. De term 'leveranciersverplichting' wordt onder meer gebruikt in het Energierapport 2011 en Kamerstukken. In de praktijk zijn ook andere termen in omloop, zoals de term 'Verplicht Aandeel Duurzaam'.
8. De investeringsbereidheid wordt negatief beïnvloed door het grote aantal beleidswijzigingen dat met de jaren is doorgevoerd. De SDE+ geldt vanaf 2011. Per 2008 is de SDE ingevoerd. Daarvoor was, vanaf 2003 tot 2006, de MEP-regeling (hetgeen staat voor de ministeriële regeling Milieukwaliteit electriciteitsproductie) van kracht. De MEP-regeling is in 2003 in de plaats gekomen van de

Kamerstukken, gezien als een alternatief voor de SDE. De bouw en exploitatie van nieuwe productie-installaties kan met beide instrumenten worden gestimuleerd. De in dit artikel besproken mogelijke verbeteringen van de SDE hebben gemeen dat strenger wordt gezien of een project terecht een greep uit de beschikbare subsidiepot doet. Het beschikbaar stellen van een groter subsidiebudget valt buiten het bereik van dit juridische artikel. Dat vergt immers een politiek-bestuurlijke afweging. Dat geldt ook voor het maken van andere beleidskeuzen ten aanzien van bepaalde productiemethoden, zoals de vraag of (op de lange termijn) moet worden ingezet op biomassa.⁹ Dit laat overigens onverlet dat maatregelen als een groter budget of andere beleidskeuzen van (grote) waarde kunnen zijn voor het behalen van de 14%-doelstelling.

Dit artikel beschrijft de SDE-regeling in de volle breedte, dat wil zeggen alle daardoor gesubsidieerde bronnen van hernieuwbare energie. Echter, omwille van de omvang zijn de voorbeelden beperkt tot fotonvoltaïsche zonnepanelen (hierna: zon-PV) en (offshore en onshore) windturbineparken. Deze installaties duidt de Rabobank als de best gepositioneerde technologieën bij een volgende investeringshaussse.^{10,11}

Hierna wordt eerst de SDE-regeling op hoofdlijnen beschreven (§ 2). Vervolgens wordt de SDE-regeling in een breder perspectief geplaatst (§ 3). In dat verband wordt de SDE getypeerd als behorend tot het faciliterend overheidsbeleid en worden enkele implicaties van de toepasselijkheid van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) aan de orde gesteld. In § 4 komen achtereenvolgens de verbeteringsmogelijkheden aan de orde. In § 5 wordt de SDE vergeleken met de leveranciersverplichting. § 6 bevat een afsluiting en conclusie.

2. SDE op hoofdlijnen

2.1 Verlening, bevoorschotting en vaststelling

De SDE is een exploitatiesubsidie, dat wil zeggen dat niet de bouw van een productie-installatie, maar de productie van energie met die installatie wordt gesubsidieerd. Indien subsidie wordt toegekend, betaalt de overheid pas subsidiegelden uit vanaf het moment dat de installatie energie produceert en invoert op het net. De bouw van een productie-installatie geschiedt aldus voor eigen rekening en risico van de initiatiefnemer. Wel zal een initiatiefnemer in een zo vroeg mogelijk stadium van de projectontwikkeling en in ieder geval voordat hij met de bouw begint (willen) beschikken over een positief subsidiebesluit. Daartoe kan hij bij Agentschap NL een (ontvankelijke) SDE-subsidieaanvraag indienen. De eisen waaraan zo'n aanvraag moet voldoen volgen uit de SDE-regeling.

Het Besluit SDE regelt voor welke bronnen subsidie kan worden verkregen. Deze bronnen worden onderverdeeld in hernieuwbare elektriciteit, hernieuwbaar gas en hernieuwbare warmte. Hernieuwbare warmte is pas in 2012 toegevoegd aan de SDE. Binnen het bestek van de SDE concurreren de verschillende technieken met elkaar om subsidie. Zo concurreert windenergie om subsidie met productie-installaties als geothermie, biomassa, zon-PV, etc. Daarbij heeft de goedkoopste techniek de grootste kans op subsidie. In 2012 vindt deze concurrentie plaats om een deel te krijgen van het totale SDE-subsidiebudget van EUR 1,7 miljard.¹²

Het Besluit SDE bepaalt voorts dat het subsidiebudget wordt verdeeld op basis van het *first come, first served* principe.¹³

Daartoe wordt ieder jaar bepaald in welke periode ontvankelijke subsidieaanvragen kunnen worden ingediend. Vervolgens worden die aanvragen gerangschikt en verleend op basis van de volgorde van ontvangst van de (volledige) aanvragen. Per techniek is geregeld vanaf welke datum een (ontvankelijke) aanvraag kan worden ingediend.¹⁴ In het totaal zijn vijf aanvraagfasen geregeld. Goedkopere technieken hebben een grotere kans op subsidie, omdat daarvoor in een eerdere fase een ontvankelijke aanvraag kan worden ingediend.¹⁵

Op een subsidieaanvraag moet in beginsel binnen 13 weken een besluit worden genomen.¹⁶ Deze termijn kan met 13 weken worden verlengd. Indien de aangevraagde subsidie wordt toegekend, wordt daartoe door Agentschap NL - namens de minister van EZ - een subsidieverleningsbeschikking afgegeven. De subsidie wordt verstrekt gedurende 15 jaar waarin de installatie wordt geëxploiteerd.¹⁷ Na subsidieverlening deelt Agentschap NL aan de garantiebeheerinstan-

vrijstelling van de Regulerende Energiebelasting.

9. 79% van het in 2011 met SDE gesubsidieerde vermogen bestond uit biomassa, waarvan 90% bestond uit groen gas of opgewaardeerd biogas, Rabobank, *a.w.*, p. 5. Zie omtrent de SDE-regeling voor biogas § 4.2.2 van D.G. Tempelman, 'Groen (als) gas; Een analyse van de groengasketen', in *NTE* 2012, p. 119.
10. Naast wind op zee, wind op land en zon-PV merkt de Rabobank op dat een breder gebruik van (het bijstoken van) biomassa ook is vereist om de 14%-doelstelling te bereiken. Daarbij wordt de kanttekening geplaatst dat nog valt te bezien in welke mate dit een juiste lange-termijnkeuze is, Rabobank, *a.w.*, p. 1 en p. 6.
11. Benadrukt zij dat zon-PV volgens het Rabobank-rapport niet noodzakelijkerwijs onderdeel uitmaakt van de SDE, Rabobank, *a.w.*, p. 6.
12. Art. 2, lid 1, van de Aanwijzingsregeling. Voorheen werden voor subsidiabele categorieën van installaties eigen subsidiebudgetten vastgesteld. Thans wordt gewerkt met één subsidieplafond, zie ook *Kamerstukken II* 2011/12, 31 239, nr. 125.
13. Art. 2, lid 2, van de Aanwijzingsregeling. Zie ook art. 58, lid 1, van het Besluit SDE.
14. Daarbij worden specifieke eisen gesteld aan de verschillende technieken. Zo geldt voor zon-PV het vereiste van een grootverbruikersaansluiting; zie art. 28, lid 1, van de Aanwijzingsregeling.
15. Volledigheidshalve zij vermeld dat sinds 2011 de zogenoemde vrije categorie wordt onderkend. Ondernemers die goedkoper kunnen (of willen) produceren dan het berekende basisbedrag voor de desbetreffende productiemethode hebben via de vrije categorie vroegtijdig toegang tot de SDE-regeling; zie onder meer *Kamerstukken II* 2010/11, 31 239, nr. 144, p. 3.
16. Art. 57 van het Besluit SDE.
17. De duur van de subsidie is per productie-installatie afzonderlijk geregeld in de Regeling aanwijzing categorieën duurzame energieproductie 2012. Voor windenergie volgt de duur van 15 jaar uit de art. 15, lid 1, 20, lid 1, 25, lid 1, van de Aanwijzingsregeling. Voor zon-PV staat de 15 jaar in de art. 29, lid 1, van de Aanwijzingsregeling. Voor sommige productie-installaties, zoals hernieuwbaar gas, is een subsidieduur van 12 jaar geregeld. Ook komt een subsidieduur van 5 jaar voor.

tie - CertiQ - de locatiegegevens en EAN-code van de desbetreffende installatie mee.¹⁸

Vervolgens moet de productie-installatie binnen een termijn van, in beginsel, vier jaar worden gebouwd en in gebruik worden genomen, hetgeen plaatsheeft door invoeding op het net. CertiQ dient vervolgens aan Agentschap NL aan te geven voor hoeveel kWh garanties van oorsprong zijn verstrekt.¹⁹ Verder dient de producent een rekening bij CertiQ te openen.²⁰ Pas daarna en mede op basis van de garanties van oorsprong wordt, na afloop van een kalenderjaar waarin energie is geproduceerd, maandelijks een voorschot uitbetaald.²¹ Pas na afloop van de 15 jaar waarvoor subsidie is verleend, wordt de subsidie vastgesteld.

Omwille van een bespreking van de verbeteringsmogelijkheden van de SDE-regeling in § 4 wordt hierna ingegaan op de punten waarop het Agentschap NL een SDE-aanvraag toetst (§ 2.2) en op de verplichtingen van de producent waaraan subsidie is verleend (§ 2.3).

2.2 Beoordeling van de aanvraag

Bij de beoordeling van een subsidieaanvraag worden, in willekeurige volgorde, de navolgende punten betrokken; op de vragen die binnen het bestek van dit artikel in het bijzonder van belang zijn, wordt een toelichting gegeven:

- a. Heeft de initiatiefnemer de aanvraag op tijd ingediend?
- b. Is het voorgeschreven aanvraagformulier gebruikt?
- c. Is voor de installatie niet eerder subsidie verleend?
- d. Past de aanvraag binnen het subsidieplafond?
- e. Is de initiatiefnemer grondeigenaar of heeft hij toestemming van de grondeigenaar?²²
- f. Beschikt de initiatiefnemer over de vereiste vergunningen?
Op het moment dat de SDE-aanvraag wordt ingediend, moeten de vereiste vergunningen zijn verkregen.²³ In het bijzonder gaat het om de omgevingsvergunning, de watervergunning, de vergunning op grond van de Wet beheer rijkswaterstaatswerken en/of de vergunning op grond van de Mijnbouwwet. Dit vergunningvereiste is onder meer opgenomen om meer zekerheid te verkrijgen omtrent de realisatie van het aangevraagde project.²⁴ Als een vergunning niet is verkregen ten tijde van de subsidieaanvraag, moet die aanvraag worden afgewezen. Dat volgt met zoveel woorden uit het Besluit SDE en is door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) bevestigd in zijn uitspraak van 18 november 2011.²⁵ Het is niet vereist dat deze vergunningen ten tijde van de aanvraag onherroepelijk zijn. Eventuele bestuursrechtelijke bezwaar- en (hoger) beroepsprocedures tegen een vereiste vergunning staan dus niet in de weg aan het indienen van een ontvankelijke subsidieaanvraag.
- g. Bestaat voldoende vertrouwen in de economische haalbaarheid van de installatie?
Volgens het Besluit SDE kan worden verplicht tot het bijvoegen van een financiële onderbouwing bij de aanvraag.²⁶ De aanvraagformulieren (voor windenergie en zon-PV) eisen een opgave van de investeringskosten en het aandeel eigen vermogen in de totale investeringskosten.²⁷ Het gaat hierbij om de totale investeringskosten om de installatie gebruiksklaar te maken, inclusief de kosten voor de netaansluiting. Deze onderbouwing is van belang voor de beoordeling van de financiële haalbaarheid van de installatie door Agent-

schap NL. Als onvoldoende vertrouwen bestaat in de economische haalbaarheid moet een subsidieaanvraag worden afgewezen.²⁸ Omtrent de wijze van beoordeling van de economische haalbaarheid bestaan binnen de SDE geen vast beleid of beleidsregels (in de zin van de art. 1:3, lid 4, en 4:81 e.v. Awb).

- h. Wordt de installatie tijdig geëxploiteerd?
De SDE-regeling regelt per type installatie binnen hoeveel jaar na subsidieverlening ingebruikname moet plaatsvinden.²⁹ Op het moment van subsidieverlening wordt beoordeeld of mag worden verwacht dat de installatie ook binnen de voorgeschreven maximale termijn in werking is. Daartoe dient de aanvrager een uitgewerkt tijdschema met betrekking tot de ingebruikname van de installatie op te geven.³⁰ In dit tijdschema moet de opdrachtverstrekking aan de (bouw) aannemers en leveranciers, de startdatum van de bouw, de aanvangsdatum van de productie en de start van de subsidieperiode zijn aangegeven. Als een tijdige exploitatie niet aannemelijk is, moet de subsidieaanvraag worden afgewezen.³¹
-
18. Art. 13 van de Uitvoeringsregeling. Benadrukt zij dat deze bepaling uitsluitend ziet op hernieuwbare elektriciteit.
 19. Krachtens art. 74 van de Elektriciteitswet 1998 toont een garantie van oorsprong bij uitsluiting aan dat de daarop gegeven hoeveelheid elektriciteit op duurzame wijze is opgewekt. Zie ook de definitie in art. 2, sub j, van de eerder genoemde richtlijn.
 20. Art. 66, lid 2, van het Besluit SDE.
 21. Art. 67, lid 1, en 68 van het Besluit SDE en art. 8, lid 1, en 9 van de Uitvoeringsregeling.
 22. De toestemming moet ten minste zijn verkregen op het moment dat de subsidieaanvraag wordt ingediend; zie art. 2, lid 4, van de Aanwijzingsregeling. Voor zon-PV moet de initiatiefnemer, als hij geen eigenaar is, een toestemmingsverklaring van de eigenaar bij de aanvraag voegen.
 23. Art. 59, lid 1, aanhef en onder d, van Besluit SDE.
 24. Zie de Nota van Toelichting bij art. 56 van het Besluit SDE, *Stb.* 2007, 410, p. 40 – 41.
 25. CBB 18 november 2011 (AWB 11/954), *JB* 2012/20 en *AB* 2012/109 m.nt. W. den Ouden.
 26. Art. 56, lid 2, onder e, van het Besluit SDE.
 27. Onderdeel 10 van het aanvraagformulier, bijlage 4, respectievelijk bijlage 5 van de Aanwijzingsregeling.
 28. Art. 59, lid 1, onder c, van het Besluit SDE.
 29. Art. 59, lid 1, onder b, van het Besluit SDE regelt een termijn van in beginsel vier jaar. Art. 61, lid 1, van het Besluit SDE regelt dat daarvan kan worden afgeweken. Voor windenergie op land en in een meer wordt deze termijn in de art. 15, lid 2, en art. 20, lid 1, van de Aanwijzingsregeling op vier jaar bepaald. Voor offshore wind bedraagt deze termijn op grond van art. 25, lid 2, van de Aanwijzingsregeling vijf jaar. Voor zonne-energie bedraagt de termijn drie jaar; zie art. 29, lid 2, van de Aanwijzingsregeling.
 30. Dit volgt uit art. 56, lid d, onder d, van het Besluit SDE, de desbetreffende aanvraagformulieren als gevoegd bij de Aanwijzingsregeling en art. 2 van de Uitvoeringsregeling. De aanvrager dient de beoogde datum van totstandkoming van de bouwovereenkomst op te geven, de beoogde startdatum van de bouw, de beoogde startdatum van de exploitatie en de beoogde startdatum van de subsidie-uitkeringen.
 31. Art. 59, lid 1, onder b, van het Besluit SDE.

2.3 Verplichtingen van de producent

Op de producent kunnen, onder meer, de navolgende verplichtingen rusten:³²

- a. De installatie moet zo spoedig mogelijk in gebruik worden genomen.³³ Zoals reeds in § 2.2 (onder h) vermeld, is voor iedere productiemethode een maximale termijn voor ingebruikname geregeld.
- b. De productie-installatie moet overeenkomstig de aanvraag worden gebouwd.³⁴
- c. Voor projecten met een budgetbeslag van meer dan EUR 400 miljoen moet een bankgarantie ter grootte van 2% van de maximale subsidie worden gesteld. Bij een budgetbeslag boven EUR 400 miljoen wordt de subsidie verleend onder de opschortende voorwaarde dat een uitvoeringsovereenkomst wordt ondertekend.³⁵ Deze uitvoeringsovereenkomst moet binnen zes weken na de subsidieverleningsbeschikking tot stand zijn gekomen.³⁶ Een modeluitvoeringsovereenkomst is als bijlage 1 gevoegd bij de Aanwijzingsregeling. Art. 2 van dat model regelt de bankgarantie ter grootte van 2% van de maximale subsidie.
- d. Binnen een jaar na de subsidieverleningsbeschikking moeten contracten met de (bouw)aannemers en leveranciers worden gesloten.³⁷
- e. Tijdens de bouwfase moet jaarlijks worden gerapporteerd over de voortgang.³⁸
- f. Indien voor de installatie nog een andere subsidie wordt verstrekt, heeft de producent de verplichting om de investeringskosten op te geven binnen een jaar na de start van de exploitatie.³⁹

3. Plaatsbepaling van de SDE

3.1 Markt is initiatiefnemer

In het grondbeleid wordt een onderscheid gemaakt tussen actief en faciliterend overheidsoptreden.⁴⁰ Dit onderscheid is eveneens nuttig ten behoeve van de typering van de potentiële overheidsrol bij de realisatie van hernieuwbare-energieprojecten en de duiding van de overheidsrol bij de SDE. Het maakt onder meer duidelijk waarom de SDE en de leveranciersverplichting kunnen worden gezien als elkaars alternatieven.

Van actief overheidsoptreden is bij uitstek sprake als de overheid grond aankoopt en vervolgens een marktpartij opdracht geeft tot de bouw van een productie-installatie. De opdrachtverlening valt dan onder het toepassingsbereik van de aanbestedingsregelgeving. Een dergelijk overheidshandelen is – althans was tot voorheen – vrij gebruikelijk bij de realisatie van woningbouw. Van actief overheidsoptreden is sprake als de overheid initiatiefnemer is van een bepaalde ontwikkeling. Ten gevolge daarvan draagt de overheid een bepaald ondernemersrisico, vergelijkbaar met de risico's die marktpartijen doorgaans dragen. Ook concessieverlening reken ik tot het actieve overheidsoptreden. Bij concessieverlening vindt eveneens opdrachtverstrekking door de overheid plaats, maar verkrijgt de opdrachtnemer – met uitsluiting van anderen – een exclusief recht om de productie-installatie te exploiteren.^{41,42}

Bij publiek-private samenwerking heeft de overheid een minder actieve rol, in die zin dat overheid en marktpartijen gezamenlijk het initiatief nemen en (financieel) participeren in een project. Markt en overheid hebben dienaangaande een grote contractsvrijheid.⁴³ De oprichting van een lokaal energiebedrijf (waardoor tevens productie-installaties worden

geëxploiteerd) is een voorbeeld van publiek-private samenwerking in de energiesector.

Van faciliterend overheidsoptreden is sprake wanneer het initiatief tot een bepaalde ontwikkeling bij marktpartijen rust. De overheid zal dan niet optreden als risicodragers. Haar rol is beperkt tot het creëren van de wettelijke kaders waarbinnen marktpartijen opereren. Zo behoort vergunningverlening bij uitstek tot het faciliterende overheidsoptreden. Ook subsidieverlening is een vorm van faciliterend overheidsoptreden. Met subsidieverlening ondersteunt de overheid een in het algemeen belang wenselijk marktinitiatief. De marktpartij krijgt daartoe een aanspraak op financiële middelen om de gesubsidieerde activiteit te verrichten. Dit volgt met zoveel woorden uit de definitie van subsidie in de Awb.⁴⁴ Indien in een subsidieverhouding een verplichting tot het realiseren van de gesubsidieerde activiteit bestaat, is niet langer sprake van een subsidie, maar van (aanbestedingsplichtige) opdrachtverlening voor goederen of diensten.

Niet alleen de SDE, maar ook de leveranciersverplichting behoort tot het faciliterend overheidsoptreden. Zo'n verplichting zou regelen dat van alle energie die aan eindafnemers wordt geleverd, tenminste een bepaald aandeel (in %)

32. § 7 van het Besluit SDE en § 3 van de Uitvoeringsregeling bevatten de verplichtingen van de producent. Deze paragraaf bevat een selectie van die verplichtingen.

33. Art. 61, lid 1, van het Besluit SDE.

34. Art. 62, lid 1, van het Besluit SDE. Van deze verplichting kan ontheffing worden verleend, zie hieromtrent bijvoorbeeld CBB 12 oktober 2012, *LJN* BY0655.

35. Deze verplichting is ingevoerd per 2012. Zie ook *Kamerstukken II* 2011/12, 31 329, nr. 125, p. 7.

36. Art. 2, lid 5, van de Aanwijzingsregeling.

37. Zie art. 3, lid 1, van de Uitvoeringsregeling. Deze verplichting lijkt geen rekening te houden met de situatie dat een subsidie voor een installatie van 125 MW of meer onder de opschortende voorwaarde van een staatssteuntoets wordt verleend, zie art. 4, lid 2, onder a, van het Besluit SDE.

38. Art. 3, lid 2, van de Uitvoeringsregeling.

39. Deze verplichting vloeit voort uit art. 3, leden 3 en 4, van de Uitvoeringsregeling. Zie hieromtrent ook de Beleidsregels cumulatietoets steun in het kader van het Besluit SDE; *Stcrt.* 2011, nr. 22069 en *Stcrt.* 2012, nr. 20221.

40. Zie onder meer M.A.M. Dieperink, *Verhandelbare ontwikkelingsrechten; grondbeleidsinstrument voor baatafoming en verevening*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2010, p. 4 e.v.

41. Zie de definitie van concessieovereenkomsten voor werken en diensten in art. 1, onder l en m, van het Besluit aanbestedingen speciale sectoren.

42. De realisatie en exploitatie van offshore windparken zal in de toekomst mogelijk volgens een concessiestelsel in de markt worden gezet, zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 31 239, nrs. 70 en 121.

43. Bepalingen die de contractsvrijheid beperken zijn, bijvoorbeeld, art. 6.24, eerste lid, van de Wet ruimtelijke ordening en art. 122 van de Woningwet.

44. Art. 4:21 van de Awb definieert subsidie als de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten.

duurzaam moet zijn geproduceerd, zie hierna § 5. Ook bij een leveranciersverplichting blijft het initiatief tot de bouw en exploitatie van een productie-installatie berusten bij de markt. De overheid volstaat met het creëren van de wettelijke kaders waarbinnen een marktmechanisme tot stand kan komen en functioneren. Bij een leveranciersverplichting gaat het concreet om de regulering van een prijscorrectiemechanisme, waarmee de zogenoemde onrendabele top van hernieuwbare-energieproductie kan worden afgedekt. Omdat zowel bij de SDE als bij de leveranciersverplichting het marktinitiatief voorop blijft staan, kunnen deze instrumenten worden gezien als elkaars alternatieven.⁴⁵ Om die reden wordt de SDE in § 5 vergeleken met de leveranciersverplichting.

3.2 Toepasselijkheid Awb

In § 3.1 is reeds ingegaan op de wettelijke definitie van het begrip subsidie. De SDE-subsidie valt binnen het toepassingsbereik van die definitie. De subsidietitel als opgenomen in art. 4:21 e.v. van de Awb is dan ook van toepassing op de SDE.⁴⁶ Binnen het bestek van dit artikel zijn in het bijzonder drie onderdelen van die subsidietitel van belang.

Ten eerste bevat niet de SDE-regeling, maar de Awb de weigeringsgrond voor subsidieaanvragen die het subsidieplafond overschrijden. Zoals opgemerkt in § 2.1, regelt de SDE-regeling een subsidieplafond. Dit subsidieplafond is structureel niet toereikend om alle aanvragen te honoreren. De (ontvankelijke, in de rangschikking opgenomen) aanvragen die het subsidieplafond overstijgen, worden afgewezen op grond van art. 4:25, lid 2, van de Awb. Die bepaling regelt dat een subsidie moet worden geweigerd voor zover door verstrekking daarvan het plafond wordt overschreden. Ten tweede regelt de SDE-regeling niet de intrekking van SDE-subsidies.⁴⁷ De voor de SDE-subsidie toepasselijke intrekkingsoorzaken volgen mitsdien uit de art. 4:48 – 4:50 van de Awb. Zo regelt art. 4:48, lid 1, onder a, van de Awb de intrekking indien de gesubsidieerde activiteiten niet of niet geheel hebben plaatsgevonden of zullen plaatsvinden. Indien een producent niet heeft voldaan aan zijn (in § 2.3 genoemde) verplichtingen, kan de subsidie worden ingetrokken op grond van art. 4:48, lid 1, onder b, van de Awb.

Ten derde biedt art. 4:36 van de Awb de bevoegdheid om privaatrechtelijke uitvoeringsovereenkomsten te sluiten. Dergelijke overeenkomsten bestaan naast de publiekrechtelijke subsidiebesluiten. Art. 4:36, lid 2, van de Awb regelt dat in een subsidieovereenkomst kan worden bepaald dat de subsidieontvanger verplicht is de activiteiten te verrichten waarvoor de subsidie is verleend, behoudens het geval dat een wettelijk voorschrift anders bepaalt of de aard van de subsidie zich daartegen verzet. Dit artikel is voor de SDE van belang, onder meer nu de SDE-regeling uitgaat van uitvoeringsovereenkomsten bij subsidie van tenminste EUR 400 miljoen.

4. Verbetering van de SDE

4.1 Tekortkomingen van de SDE

Omdat de SDE een exploitatiesubsidie is, worden financiële middelen pas uitgekeerd vanaf het moment dat energie wordt geproduceerd en wordt ingevoerd op het net, en daarvoor garanties van oorsprong worden verstrekt. In de praktijk worden niet alle installaties gerealiseerd waarvoor subsidie is verleend. De Rabobank heeft geconcludeerd dat een substantieel deel van de installaties waaraan in de jaren

2008 – 2010 subsidie is toegekend, niet in exploitatie wordt gebracht.⁴⁸ Daarbij wordt opgemerkt dat (tot en met 2011⁴⁹) het merendeel van het SDE-budget is toegekend aan biomassa-projecten, waaronder biogas en groen-gasprojecten. Dienaangaande wordt geconstateerd dat een te lage subsidie is aangevraagd en verleend. Deze projecten zijn volgens de Rabobank niet economisch haalbaar en zullen daarom niet worden gerealiseerd.⁵⁰ Meer in algemene zin wordt opgemerkt op dat het subsidieniveau van de SDE dermate laag is, dat het moeilijk is om financiering aan te trekken.⁵¹ Installaties waaraan subsidie is verstrekt, leggen een beslag op het beschikbare subsidieplafond. Ten gevolge daarvan worden andere aanvragen dwingend geweigerd. Immers, art. 4:25, lid 2, van de Awb regelt dat een aanvraag *moet* worden geweigerd, indien verlening daarvan leidt tot overschrijding van het subsidieplafond; zie § 3.2. Vanwege deze dwingende weigeringsgrond is het van groot belang dat subsidie alleen wordt toegekend aan realistische projecten. Immers, onrealistische projecten leggen ten onrechte een budgetbeslag en duwen realistische projecten uit de SDE. Weliswaar wordt de schatkist daardoor niet geraakt (subsidie wordt immers slechts uitbetaald als de installatie wordt geëxploiteerd), het realiseren van de 14%-doelstelling wordt wel in gevaar gebracht. Geredeneerd vanuit die doelstelling is het zaak dat alleen realistische projecten een budgetbeslag leggen. In een recente Kamerbrief gaat de minister van EL&I in op de bestaande mogelijkheden om te waarborgen dat alleen voor realistische installaties subsidie wordt verleend.⁵² De minister wijst op, enerzijds, de beoordeling van de economische haalbaarheid van een aanvraag en het sluiten van een uitvoeringsovereenkomst (met een boetebeding) ten tijde

45. Het is overigens denkbaar dat het subsidie-instrument en de leveranciersverplichting gelijktijdig worden toegepast. Zo is het denkbaar dat, bij invoering van een leveranciersverplichting, duurdere technieken als wind op zee aanvullend worden gestimuleerd, bijvoorbeeld door specifieke subsidiëring. Dergelijke combinaties van beide instrumenten vallen buiten het bereik van dit artikel. Overigens, in het regeerakkoord staat dat de SDE+ mogelijk wordt gecombineerd met een leveranciersverplichting. Hoe dat zal worden vormgegeven, is nog niet bekend.

46. Ook andere bepalingen van de Awb zijn van toepassing op de subsidierelatie krachtens de SDE-regeling. Zo regelt art. 4:5 van de Awb wanneer onvolledige subsidieaanvragen zonder inhoudelijke beoordeling buiten behandeling mogen worden gesteld. In de SDE-praktijk wordt geregeld op dit artikel teruggevallen.

47. Uitzondering hierop vormt art. 7 van de Kaderwet, waarin de intrekking op grond van gedragsrechtelijke verplichtingen wordt geregeld.

48. Rabobank, *a.w.*, p. 4 (figuur 6).

49. Zoals reeds opgemerkt, kan per 2012 SDE-subsidie worden verkregen voor hernieuwbare warmte. Uit het overzicht van Agentschap NL van de SDE-subsidieverstrekking per 15 oktober 2012 volgt dat ruim het merendeel van het beschikbare budget ad EUR 1,7 miljard is toegekend aan hernieuwbare-warmte (en WKK), zie <http://www.agentschapnl.nl/content/stand-van-zaken-sde-15-oktober-2012>. Daarbij zij aangetekend dat volgens het geraadpleegde overzicht nog niet het volledige budget is uitgegeven.

50. Rabobank, *a.w.*, p. 5.

51. Rabobank, *a.w.*, p. 6.

52. *Kamerstukken II* 2011/12, 31 239, nr. 138.

van de subsidieverlening. Anderzijds gaat het om de intrekking van verleende subsidies bij onvoldoende voortgang van de bouwfase en wanneer een installatie niet tijdig wordt geëxploiteerd.⁵³

Om ervoor te zorgen dat alleen realistische aanvragen een beslag leggen op het subsidiebudget is het inderdaad van belang dat zowel voorafgaand aan als na subsidieverlening het realiteitsgehalte van een installatie wordt bezien. Ik meen evenwel dat de door de minister genoemde mogelijkheden daarvoor onvoldoende zijn. In de navolgende subparagrafen zet ik dat uiteen en doe ik concrete voorstellen om de SDE-regeling te verbeteren.

4.2 Betere toetsing van de economische haalbaarheid bij subsidieverlening

Om te bewerkstelligen dat uitsluitend voor realistische installaties SDE-subsidie wordt verleend, wordt de economische haalbaarheid bij toetsing van de subsidieaanvraag beoordeeld. In § 2.2 is onder g aan de orde gesteld dat een SDE-aanvraag wordt geweigerd indien onvoldoende vertrouwen bestaat in de economische haalbaarheid. Op zich is deze weigeringsgrond dwingend gesteld: bij onvoldoende vertrouwen in de economische haalbaarheid, moet de subsidie worden geweigerd. Echter, wat onder '(on)voldoende vertrouwen in de economische haalbaarheid' wordt verstaan, is niet nader in de SDE-regeling genormeerd. Het gaat aldus om een vage norm. Deze norm wordt niet ingevuld door, bijvoorbeeld, een beleidsregel in de zin van art. 1:3, lid 4, van de Awb. Agentschap NL heeft bijgevolg beleids- en beoordelingsvrijheid.

Vanuit het besef dat de SDE bij uitstek een schaarse subsidie is, is het voorstelbaar dat krachtens het Besluit SDE precieze(re) eisen worden gesteld aan hetgeen al dan niet wordt verstaan onder (on)voldoende vertrouwen in de economische haalbaarheid.⁵⁴ Immers, een onzorgvuldige beoordeling hiervan en bijgevolg subsidiëring van een niet-haalbaar project kan direct tot gevolg hebben dat een realistisch project vanwege overschrijding van het subsidieplafond wordt geweigerd.

Tegen deze achtergrond zou de SDE-regeling kunnen worden verbeterd door ten tijde van de aanvraagbeoordeling de economische haalbaarheid van productie-installaties indringender te toetsen. Daartoe zou de aanvrager moeten worden verplicht om in de aanvraag meer inzicht te bieden in de kosten en beoogde wijze van financiering, en de technische haalbaarheid.⁵⁵ De totale investeringskosten en opgave van het percentage eigen vermogen in die kosten zijn daarbij in het algemeen onvoldoende. Hierbij zij benadrukt dat het Besluit SDE een grondslag biedt om bij de aanvraag meer gegevens te vragen. Op grond van art. 56, lid 2, onder e, van het Besluit SDE kan immers een financiële onderbouwing verplicht worden gesteld.

Indien een aanvrager wordt verzocht om een uitgebreide financiële onderbouwing te verstrekken, zou daarnaast in beleid moeten worden neergelegd hoe de economische haalbaarheid wordt beoordeeld. Dat verschaft duidelijkheid voor aanvragers en daarmee transparantie in de verdelingsprocedure. Tevens vormt de vastlegging in beleid een solide basis om aanvragen te weigeren vanwege onvoldoende vertrouwen in de economische haalbaarheid. Art. 4:82 van de Awb regelt immers dat ter motivering kan worden volstaan met een verwijzing naar een vaste gedragslijn die in een beleidsregel is neergelegd.

Hiernaast borgt de SDE-regeling het realiteitsgehalte van een installatie door de eis dat de benodigde vergunningen op het moment van de aanvraag zijn verleend.⁵⁶ De Rabobank merkt op dat het vergunningvereiste belemmerend werkt vanwege de omvangrijke kosten die daarvoor moeten worden gemaakt, zonder dat zekerheid omtrent subsidiëring bestaat.⁵⁷ Deze kosten bestaan bijvoorbeeld uit milieustudies.⁵⁸ Het vergunningvereiste vormt evenwel een bruikbare indicatie om te beoordelen of een installatie realistisch is. Ik zou daarom menen dat dat vereiste moet worden gehandhaafd. Dat vereiste kan evenwel een minder zware belasting worden voor initiatiefnemers indien de overheid duidelijker kaders biedt voor vergunningverlening. Met dat doel wordt momenteel gewerkt aan de inpassing van (grootschalige) hernieuwbare energieprojecten in nationaal ruimtelijk beleid.⁵⁹

Tot slot wordt in dit verband ingegaan op de uitvoeringsovereenkomst; zie ook § 3.2. Indien een dergelijke overeenkomst is vereist, moet een producent binnen acht weken na inwerkingtreding van de subsidieverleningbeschikking een bankgarantie verstrekken.⁶⁰ Daarmee wordt beoogd om het afzien van een project te ontmoedigen en dus een onnodig budgetbeslag uit te sluiten. De bankgarantie dient ter ze-

53. Overigens wijst de minister nog op de uitsluiting van een subsidieaanvraag ingeval voor dezelfde installatie binnen een periode van vijf jaren voorafgaand aan de aanvraag, reeds subsidie is verleend. Zie hieromtrent CBB 5 april 2012, AB 2012/201 m.nt. M.A.M. Dieperink.
54. Van een schaarse subsidie is sprake als voor een groter bedrag aanvragen worden ingediend dan het beschikbare subsidieplafond, zie ook F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel, 'Schaarse publieke rechten; Wat Bard, Betfair en BNR met elkaar gemeen hebben', *NJB* 2011, 1470. Bij de verdeling van schaarse publieke rechten, wordt - onder druk van het Europese recht - een grotere mate van zorgvuldigheid van de overheid geleverd, onder meer om voldoende mate van mededinging te bieden. Ook in de reeds genoemde uitspraak van het CBB van 18 november 2011 wordt acht geslagen op het feit dat subsidieaanvragen met elkaar concurreren (en de subsidie bijgevolg schaars is).
55. De technische haalbaarheid van een installatie dient niet alleen op grond van art. 59, lid 1, onder c, maar ook op grond van het bepaalde onder b van dat artikel te worden beoordeeld.
56. Zie de Nota van Toelichting bij art. 56 van het Besluit SDE, *Stb.* 2007, 410, p. 40 - 41.
57. Rabobank, *a.w.*, p. 5. Dit wordt opgemerkt ten aanzien van onshore windprojecten, maar kan ook voor andere projecten spelen.
58. Zo is, bijvoorbeeld, de oprichting van een windpark in het algemeen ten minste m.e.r.-beoordelingsplichtig en kan een passende beoordeling zijn vereist.
59. Zo wordt een rijksstructuurvisie voor wind op land en een rijksstructuurvisie voor de ondergrond voorbereid, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 000 XIII, nr. 178. En ook: H.E. Woldendorp, 'Ondergrondse regelingen opgediept (deel 1)', *BR* 2012/91.
60. Doorgaans treedt een subsidiebeschikking op grond van art. 3:40 van de Awb door bekendmaking in werking. Dat ligt anders indien goedkeuring van de Europese Commissie in het kader van staatssteun is vereist, zie art. 4, lid 2, onder a, van het Besluit SDE.

kerheid van de (contractuele) verplichting om de productie-installatie binnen de gestelde termijn te exploiteren en de daaraan gekoppelde boete ingeval daarin tekort wordt geschoten.⁶¹ Daargelaten of de figuur van een kostenverhogen-de bankgarantie zich wel verdraagt met het uitgangspunt zo min mogelijk subsidie per eenheid hernieuwbare energie te verstrekken, wijs ik erop dat het praktische effect van de uitvoeringsovereenkomst niet groot zal zijn. Een uitvoeringsovereenkomst is namelijk pas vereist bij een budgetbeslag van EUR 400 miljoen of hoger, terwijl het totale subsidieplafond in 2011 EUR 1,7 miljard bedraagt. Zouden uitvoeringsovereenkomsten worden gebruikt om structureel een onnodig budgetbeslag te voorkomen, dan zou daarvoor een lagere grens moeten worden bepaald. Belangrijk aandachtspunt daarbij is dat uitvoeringsovereenkomsten niet de facto mogen verplichten tot de bouw van de installatie. Dan is immers niet langer sprake van subsidieverlening binnen een faciliterend overheidsbeleid, maar van (aanbestedingsplichtige) opdrachtverlening.⁶²

4.3 Vinger aan de pols gedurende de bouwfase

Na de subsidieverlening heeft de producent de verplichting om de installatie binnen de kortst mogelijke termijn, maar in ieder geval binnen de wettelijk bepaalde termijn (zie § 2.2), in gebruik te nemen. Als de installatie niet binnen de wettelijk bepaalde termijn in gebruik wordt genomen, kan de subsidieverlening worden ingetrokken op grond van de algemene intrekingsbevoegdheid (in art. 4:48) van de Awb. Hieraan kleven de volgende nadelen.

Het is buitengewoon lastig om een subsidieverlening in te trekken wanneer weliswaar het vermoeden bestaat dat de installatie niet in gebruik zal worden genomen, maar de maximale termijn voor het in gebruik nemen van de installatie nog niet is verstreken. Weliswaar rust op de producent de verplichting om binnen een jaar na de subsidieverlening opdracht te hebben verstrekt aan de bouw-aannemer en/of leveranciers⁶³, verdere uitdrukkelijke verplichtingen om een bepaalde voortgang in het bouwproces te hebben ontbreken. Evenmin bestaat een algemene verplichting om voor een bepaalde datum met de bouw te beginnen. De eis om bouwcontracten te sluiten is bovendien slechts een formele eis. Er worden geen materiële eisen gesteld, bijvoorbeeld wat betreft de voorwaarden waaronder de aannemingsovereenkomst tot stand komt. Op deze punten zou de SDE-regeling kunnen worden verbeterd, om zo na subsidieverlening en gedurende het bouwproces de vinger aan de pols te kunnen houden en verleningsbeschikkingen in te trekken.

Indien subsidies geruime tijd na verlening worden ingetrokken, zullen op dat moment de aanvragen die het plafond overstijgen op grond van art. 4:25, lid 2, van de Awb (onherroepelijk) zijn afgewezen. Bij het vrijvallen van budget vanwege het intrekken van verleningsbeschikkingen worden deze aanvragen niet automatisch alsnog op volgorde van de rangschikking verleend. Het budget zal dan terugvloeien naar de algemene middelen. De achteraf onterechte weigeringen worden namelijk, bij mijn weten, in de praktijk niet op grond van gewijzigde feiten en omstandigheden ingetrokken.⁶⁴ Aldus worden aanvankelijk voor de hernieuwbare energieproductie gereserveerde middelen niet daaraan besteed. De SDE zou effectiever en rechtvaardiger worden indien achteraf onterecht geweigerde projecten alsnog een kans krijgen zodra ten onrechte geclaimd budget (door intrekking) vrijvalt. Daarvoor is niet eens een wijziging van de SDE-regeling, maar vooral een beleidswijziging vereist.

5. SDE en leveranciersverplichting vergeleken

5.1 Duiding van de leveranciersverplichting

Hiervoor is een aantal suggesties gedaan ter verbetering van de SDE, om zo met de SDE-regeling beter in staat te zijn om de 14%-doelstelling te realiseren. In deze paragraaf wordt gezien hoe in het licht van deze 14%-doelstelling de leveranciersverplichting, ten opzichte van de SDE, moet worden gewaardeerd.⁶⁵ De leveranciersverplichting wordt immers geregeld genoemd als alternatief voor de SDE.^{66, 67} Ik zie met name hoe de SDE, respectievelijk de leveranciersverplichting zich verhoudt tot de behoefte aan een aantrekkelijk investeringsklimaat voor hernieuwbare-energieprojecten, zie ook § 1.

Bij invoering van een leveranciersverplichting moet van de aanbesteders geleverde energie, tenminste een bepaald aandeel (in %) duurzaam zijn geproduceerd.⁶⁸ Deze ver-

61. Zie de art. 1 en 2 van de modeluitvoeringsovereenkomst, bijlage 1 bij de Aanwijzingsregeling.
62. Overigens, het is mijns inziens niet zeker dat de thans geregelde contractuele verplichting om de installatie binnen een bepaalde termijn te exploiteren kan worden gesteld in een subsidierelatie. Het is mogelijk verdedigbaar dat daarmee *de facto* sprake is van (aanbestedingsplichtige) opdrachtverstrekking voor de bouw van een productie-installatie. Dat zou mede moeten worden gezien vanuit het oordeel van het Hof van Justitie van de EU in het arrest Müller (HvJ EU 25 maart 2010, zaak C-451/08). Hieraan zij ter illustratie toegevoegd dat onder de Regeling wind op zee 2009 geen contractuele verplichting tot exploitatie bestaat, maar een contractuele verplichting om voor een bepaalde datum met de bouw te beginnen, zie art. 2 van de daarbij behorende uitvoeringsovereenkomst.
63. Deze verplichting is vanaf 2011 in de SDE-regeling opgenomen. Ter onderbouwing is aangevoerd dat het onnodig reserveren van financiële middelen qua tijdsduur tot een minimum beperkt blijft, zie *Stcr.* 2011, nr. 9427, p. 38.
64. Mijns inziens is het goed verdedigbaar dat indien een subsidie uitsluitend is geweigerd op grond van art. 4:25, lid 2, van de Awb, het op een later moment vrijvallen van budget een nieuw gebleken feit of gewijzigde omstandigheid oplevert, op grond waarvan de aanvankelijke weigering kan (en moet) worden ingetrokken. Vereist is dan wel dat de desbetreffende aanvraag krachtens de rangschikking voor honorering in aanmerking komt.
65. Volledigheidshalve zij vermeld dat niet zozeer de SDE, maar de SDE in combinatie met de opslag op de energierekening voor hernieuwbare-energieproductie zal worden afgezet tegen de leveranciersverplichting. Vanaf 2013 zal de SDE worden betaald uit een opslag op de energierekening, zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33 115. Door deze opslag worden de hogere opwekkingskosten van de hernieuwbare-energieproductie direct voor rekening van de eindgebruiker gebracht.
66. Zie o.a. *Kamerstukken II* 2010/11, 31 239, nr. 136 en het Energierapport 2011, p. 27 e.v.
67. Volledigheidshalve zij gewezen op de art. 77d – 77f Elektriciteitswet 1998; zie ook *Stb.* 2003, 493 en *Stb.* 2003, 506. Deze artikelen bieden een wettelijke grondslag voor een leveranciersverplichting, die bijgevolg bij AMvB kan worden ingevoerd.
68. De beschrijving van de leveranciersverplichting is hoofdzakelijk gebaseerd op *Kamerstukken II* 2010 – 2011, 31

plichting rust op energieleveranciers. Aldus creëert de leveranciersverplichting op de markt voor hernieuwbare energie een vraag. In het bijzonder gaat het om een vraag naar certificaten die corresponderen met een bepaalde eenheid duurzaam geproduceerde energie.⁶⁹

De leveranciersverplichting komt neer op de invoering van een systeem van verhandelbare rechten. De verhandelbare rechten zijn de certificaten 'duurzaam geproduceerde energie'. Als gezegd, wordt op de markt voor deze certificaten de vraag (hoofdzakelijk) veroorzaakt door energieleveranciers, die de wettelijke verplichting hebben om een bepaald aandeel van de totale afzet te laten bestaan uit hernieuwbare energie. Op de markt wordt het aanbod gecreëerd door producenten van hernieuwbare energie. Zij ontvangen certificaten in ruil voor hun hernieuwbare energieproductie. Door vraag en aanbod wordt de prijs van de certificaten op de markt bepaald. Bij de verkoop van hun certificaten, ontvangen de hernieuwbare-energieproducenten deze prijs. Hierdoor worden zij gecompenseerd voor de hogere opwekkingskosten ten opzichte van de productie van grijze energie. De hoogte van de compensatie wordt aldus door de markt bepaald.

5.2 Voordelen SDE boven leveranciersverplichting

Bezien vanuit het belang van realisatie van de 14%-doelstelling worden in deze paragraaf twee voordelen van de SDE boven de leveranciersverplichting benoemd. Ten eerste is een voordeel van de SDE dat de markt vooral ondernemersrisico loopt in de ontwikkelfase van een installatie, terwijl dat risico bij de leveranciersverplichting tot en met de exploitatiefase in belangrijke mate blijft bestaan. De verklaring daarvoor is dat de overheid bij de leveranciersverplichting andere onderwerpen reguleert dan bij de SDE. Omdat deze regulering met de tijd kan en zal veranderen en daarmee onzekerheid met zich brengt, kennen de instrumenten andere onzekerheden voor ontwikkelaars en financiers. Ik licht dat toe.

In het kader van de SDE bestaat, op de (middel)lange termijn, onzekerheid over bijvoorbeeld de aanwijzing van de subsidiabele productiemethoden, de keuze voor een verdeelingscriterium (zoals loting of *first come, first served*), en de bepaling van de duur en hoogte van de subsidie. Deze onderwerpen worden, althans kunnen jaarlijks worden geregeld. Daarbij bestaat een grote mate van beleidsvrijheid, dat wil zeggen dat de overheid deze onderwerpen kan regelen op basis van beleidspolitieke inzichten. De rechter treedt slechts marginaal in beoordelingen waarbij de overheid beleidsvrijheid heeft. Aldus heeft de overheid een grote mate van vrijheid bij de jaarlijkse bepaling van de hoogte van het subsidieplafond. Dat brengt jaarlijks onzekerheid met zich, hetgeen op gespannen voet staat met het creëren van een aantrekkelijk investeringsklimaat. Voordeel ten opzichte van de leveranciersverplichting is evenwel dat de hoogte van de subsidie direct door de overheid wordt bepaald. Deze hoogte wordt vastgelegd in de subsidieverleningsbeschikking en is mitsdien (in de regel) duidelijk vóór de bouwphase van een installatie.⁷⁰

Bij een leveranciersverplichting dient de overheid de omvang van het verplichte aandeel duurzame energie te bepalen.⁷¹ Daarnaast bepaalt de overheid de inhoud van een certificaat en het aantal certificaten dat per geproduceerde eenheid wordt toegekend (waarbij overigens kan worden gedifferentieerd per techniek). Deze onderwerpen lijken

zich goed te lenen voor regulering op de middellange termijn, hetgeen vanuit het belang van een aantrekkelijk investeringsklimaat - ten opzichte van de huidige SDE-praktijk - positief moet worden gewaardeerd. Echter, overheidsregulering van deze onderwerpen bepaalt slechts indirect de prijs van certificaten, en daarmee slechts indirect de mate waarin een producent wordt gecompenseerd voor de hogere opwekkingskosten van hernieuwbare energie. De prijs wordt namelijk door vraag en aanbod op de markt voor certificaten bepaald. Een producent heeft pas zekerheid daaromtrent als hij de certificaten op de markt kan aanbieden, dus na productie en invoeding op het net.⁷²

Aldus bestaat bij een leveranciersverplichting ook in de bouw- en exploitatiefase onduidelijkheid over de mate van compensatie van de hogere opwekkingskosten van hernieuwbare energie. Binnen de SDE daarentegen bestaat de onzekerheid omtrent de mate van compensatie vooral in de ontwikkelfase van een installatie, voorafgaand aan de subsidieverlening. Bijgevolg ligt het ondernemersrisico bij de SDE vooral bij de ontwikkelaar, terwijl dat bij de leveranciersverplichting ook bij de producent en de financiers rust. Dat zal direct van invloed zijn op de investeringsbereidheid in hernieuwbare energie van marktpartijen.

In de tweede plaats kan de SDE ten opzichte van de leveranciersverplichting positief worden gewaardeerd vanuit democratisch-rechtsstatelijke beginselen als rechtszekerheid en proportionaliteit. Deze beginselen hebben een directe relatie met de investeringsbereidheid van marktpartijen. Met betrekking tot de rechtszekerheid en de proportionaliteit kan in algemene zin worden gesteld dat een systeem van verhandelbare rechten vaak relatief ingewikkeld is en daarom onduidelijkheden met zich kan brengen.⁷³ Een aandachtspunt hierbij is dat een leveranciersverplichting zou moeten differentiëren naar de verschillende technieken, om zo te voorkomen dat een goedkopere techniek profiteert van een relatief hoge certificaatwaarde vanwege duurdere technieken. Echter, een dergelijke differentiatie maakt een systeem van ver-

239, nr. 136 en het Energierapport 2011, p. 27 e.v.

69. Dit zouden garanties van oorsprong kunnen zijn. In de eerdergenoemde Kamerbrief blijft dat in het midden.

70. Volledigheidshalve wordt erop gewezen dat pas bij vaststelling volledige zekerheid bestaat. De Awb regelt evenwel limitatief in welke gevallen een subsidie lager kan worden vastgesteld dan verleend.

71. Hiernaast heeft de overheid de mogelijkheid om een afkoopsom vast te stellen, die een leverancier moet betalen wanneer hij niet aan zijn verplichting voldoet. Voorts zou ervoor kunnen worden gekozen om verschillende typen certificaten te creëren. Deze en andere onderwerpen die de overheid kan reguleren bij een leveranciersverplichting blijven verder buiten beschouwing.

72. Zie ook *Kamerstukken II* 2011/12, 31 239, nr. 136.

73. Zo heb ik dissertatieonderzoek verricht naar de toepassing van verhandelbare ontwikkelingsrechten binnen het Nederlandse grondbeleid, hetgeen een alternatief vormt voor (baatafoming en) overheidssubsidiëring bij verlieslijdende ontwikkelingen als de herontwikkeling van bedrijventerreinen of natuurontwikkeling. Dienaangaande heb ik onder meer geconcludeerd dat een systeem van verhandelbare rechten relatief complex is, zie M.A.M. Dieperink, *a.w.*, § 11.2.2.

handelbare rechten complexer en daarmee meer rechtsonzeker. Bovendien bestaat bij een systeem van verhandelbare rechten de kans dat de overheid ingrijpt als het marktmechanisme onvoldoende functioneert.⁷⁴ Dat kan eveneens een negatief effect hebben op de investeringsbereidheid. In het verlengde hiervan wordt opgemerkt dat de rechtszekerheid is gediend bij consistente wetgeving, hetgeen pleit voor verbetering van de SDE boven invoering van een leveranciersverplichting.⁷⁵

6. Conclusie en afsluiting

In dit artikel is een aantal voorstellen gedaan tot verbetering van de huidige SDE-regeling. Enerzijds gaat het om wijzigingen waardoor de economische haalbaarheid van een installatie beter wordt beoordeeld. Direct voordeel hiervan is dat onrealistische aanvragen vóór gunning terzijde worden geschoven, waardoor een groter budget voor realistische installaties resteert. Anderzijds gaat het om verbeteringen om, indien subsidie eenmaal is verleend, te kunnen ingrijpen als in het bouwproces onvoldoende voortgang wordt gemaakt. Onvoldoende voortgang is immers een belangrijke indicatie dat een project niet-realistisch is. In dergelijke gevallen zouden aanvragen die achteraf gezien onterecht zijn geweigerd, alsnog in de gelegenheid kunnen (en moeten) worden gesteld om de installatie met SDE-subsidie te realiseren en exploiteren.

Voordeel van een verbetering van de SDE-regeling boven de invoering van een leveranciersverplichting is, onder meer, dat marktpartijen en financiers inmiddels ervaring hebben met de SDE. Invoering van de leveranciersverplichting behelst een complete systeemwijziging, die gepaard zou gaan met de nodige onzekerheden of onduidelijkheden. In dit artikel is verder inzichtelijk gemaakt dat de leveranciersverplichting, net als de SDE, beleidsvrijheid voor de overheid impliceert en daarmee onzekerheid voor marktpartijen. Bij de leveranciersverplichting bestaat die onzekerheid ook nog in de exploitatiefase, hetgeen de investeringsbereidheid van producenten en financiers negatief beïnvloedt. Bij de SDE bestaat vooral in de ontwikkelfase onzekerheid. Als de subsidie eenmaal is verleend, bestaat gedurende de bouw- en exploitatiefase grote duidelijkheid omtrent de hoogte en de duur daarvan.

74. Een recent voorbeeld van een systeem van verhandelbare rechten waarbij het marktmechanisme onvoldoende is geëffectueerd, betreft het systeem van NOx-emissierechten. Dit systeem wordt per 1 januari 2013 afgeschaft, onder meer omdat geen markt is ontstaan, zie *Kamerstukken II* 2011/12, 27 664, nr. 79. Het systeem van NOx-emissierechten lijkt op de leveranciersverplichting, in zoverre dat in beide systemen het aanbod afhankelijk is van marktpartijen en de overheid slechts (indirect) aan de vraagzijde van het marktmechanisme kan ingrijpen.

75. Zie voetnoot 8 omtrent de voorgangers van de SDE.